**N. 01956/2012 REG.PROV.COLL.**

**N. 01420/2011 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1420 del 2011, proposto da La Lucentezza s.r.l., in proprio e quale mandataria dell’ATI con A.ME.F. Multiservice s.r.l., rappresentata e difesa dall’avv. Giacomo Valla, con domicilio eletto in Bari, via Quintino Sella, 36;

*contro*

Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata, rappresentato e difeso dall’avv. Giuseppe Romano, con domicilio eletto presso l’avv. Fabrizio Lofoco in Bari, via Pasquale Fiore, 14;

*nei confronti di*

Società Cooperativa di Produzione e Lavoro “Tre Fiammelle”, rappresentata e difesa dall’avv. Gennaro Notarnicola, con domicilio eletto in Bari, via Piccinni, 150;

*per l’annullamento,*

*previa sospensione dell’efficacia,*

- dell’atto della Giunta Esecutiva dell’Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e Basilicata n. 157 del 20.6.2011 di aggiudicazione alla “Tre Fiammelle” s.c.r.l. dell’appalto per il servizio di pulizia per la sede centrale dell’ente;

- delle determinazioni della commissione, con i relativi verbali, che ha ammesso invece di escludere dalla gara l’impresa risultata aggiudicataria, e, in subordine, nella parte concernente la valutazione del progetto tecnico della ricorrente;

e per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato, e del diritto della ricorrente di conseguire l’aggiudicazione, con subentro nel rapporto;

e per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno subito dalla ricorrente, a quantificarsi tenendo conto del mancato profitto e della impedita maggiore qualificazione per l’illegittima omessa aggiudicazione in proprio favore;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata e della Società Cooperativa di Produzione e Lavoro “Tre Fiammelle”;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Società Cooperativa di Produzione e Lavoro “Tre Fiammelle”;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nell’udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2012 per le parti i difensori avv.ti Giacomo Valla, Giuseppe Romano e Gennaro Notarnicola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

L’Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata (IZS) bandiva la gara, con procedura aperta e il sistema di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, per l’affidamento del servizio di pulizia, per la durata di cinque anni, dei locali e dei laboratori della sede dell’ente sita in Foggia alla via Manfredonia n. 20, con importo annuo a base d’asta di €. 179.450,00 oltre IVA.

L’odierna ricorrente La Lucentezza s.r.l. (mandataria), in associazione temporanea di impresa con A.ME.F. Multiservice s.r.l. (mandante), partecipava alla gara.

In sede di esercizio del diritto di accesso, La Lucentezza s.r.l. apprendeva che l’Istituto aveva aggiudicato l’appalto alla società cooperativa controinteressata “Tre Fiammelle”, con sede in Foggia, che aveva offerto il prezzo annuo di €. 178.940,00 oltre IVA.

La stessa aggiudicataria conseguiva per l’offerta tecnica il punteggio massimo di 60/100.

L’ATI La Lucentezza - A.ME.F si classificava al secondo posto della graduatoria delle offerte ammesse, avendo offerto il prezzo annuo più basso (€. 125.615,00), ma avendo ottenuto punti 41,57/60 per l’offerta tecnica.

La gara risultava definitivamente aggiudicata il 20.6.2011 (atto della Giunta Esecutiva n. 157).

La ricorrente principale La Lucentezza s.r.l. impugna in questa sede l’aggiudicazione definitiva alla controinteressata Società Cooperativa di Produzione e Lavoro “Tre Fiammelle” dell’appalto per cui è causa, le determinazioni della commissione ed i verbali di gara.

Chiede, altresì, la declaratoria di inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato, e del diritto della ricorrente di conseguire l’aggiudicazione, con subentro nel rapporto, e la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno subito.

Si costituivano l’Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata e la controinteressata Società Cooperativa di Produzione e Lavoro “Tre Fiammelle”, resistendo al gravame.

Ciò premesso, ritiene questo Collegio che debba preliminarmente essere esaminato, secondo l’insegnamento di Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Società Cooperativa di Produzione e Lavoro “Tre Fiammelle” in quanto avente contenuto “paralizzante” della pretesa azionata in via principale.

Nel caso di specie, infatti, il ricorso incidentale è diretto a contestare la legittimazione della ricorrente principale La Lucentezza mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara.

Il ricorso incidentale è fondato.

Invero, in base all’art. 4 del bando di gara (“Condizioni e requisiti per la partecipazione alla gara”) i concorrenti devono essere in possesso dei requisiti di capacità tecnica (*i.e.* avere effettuato negli ultimi tre anni almeno una fornitura “identica” a quella oggetto della presente procedura).

Il tenore della previsione di cui all’art. 4 del bando è chiaro e non si presta ad interpretazioni equivoche.

Inoltre, ai sensi dell’art. 2 del bando l’oggetto dell’appalto è costituito dal servizio di pulizia dei locali, dei laboratori e degli uffici della sede centrale dell’IZS di via Manfredonia, n. 20 - Foggia.

Sempre alla stregua del citato art. 4, il requisito della capacità tecnica dovrà essere posseduto per almeno il 60% dalla capogruppo e per almeno il 10% dalle mandanti.

Come correttamente evidenziato dalla controinteressata nel corpo del ricorso incidentale, nel caso di specie è carente in capo all’ATI ricorrente principale La Lucentezza (mandataria) - A.ME.F. (mandante) il requisito della capacità tecnica consistente in una fornitura “identica”.

La mandante A.ME.F. avrebbe dovuto dimostrare lo svolgimento nei tre anni precedenti di un fornitura “identica”.

Tuttavia, dall’esame dell’attestato dell’IZS prodotto da A.ME.F. emerge che la stessa ha svolto attività “analoghe” (in particolare servizio di lavaggio vetreria) ma non “identiche”, come all’opposto espressamente richiesto dall’art. 4 del bando.

Il servizio di lavaggio vetreria non può considerarsi coincidente con quello oggetto dell’appalto in questione, ma semmai più limitato (riguarda, infatti, una specifica ipotesi di pulizie, in particolare le pulizie su superfici di vetro).

Che si tratti di servizi diversi (rispettivamente quello di pulizia e quello di lavaggio vetreria) emerge dalla circostanza (non contestata) per cui la stessa stazione appaltante ha indetto gare differenti ed autonome per i suddetti servizi.

Pertanto, la mandante A.ME.F. non possiede il prescritto requisito di capacità tecnica di cui all’art. 4 del bando.

Né può operare, quale interpretazione autentica del bando, la nota prot. n. 6115 del 14.3.2011 (diretta esclusivamente ad A.ME.F. ed impugnata con il ricorso incidentale) con cui il Responsabile del Procedimento ha interpretato estensivamente il requisito (*ex* art. 2 del capitolato di gara, corrispondente all’art. 4 del bando) della capacità tecnica (consistente nell’aver svolto attività di pulizia presso strutture sanitarie pubbliche negli ultimi tre anni) come riferito anche a servizi “analoghi” e non soltanto a quelli “identici”.

Il predetto chiarimento si pone, infatti, in insanabile contrasto con la clausola del bando (art. 4).

Come noto, non è dato alla stazione appaltante il potere di disapplicare le prescrizioni della legge di gara (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2010, n. 5075: «Le prescrizioni contenute nella “*lex specialis*” di una gara vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa Amministrazione che non conserva, perciò, alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione, non potendo disapplicarle, neppure nel caso in cui talune di esse risultino inopportunamente o incongruamente formulate, salva la possibilità di far luogo, nell’esercizio del potere di autotutela, all’annullamento del bando atteso che il formalismo, che caratterizza la disciplina delle procedure di gara, risponde per un verso ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l’imparzialità dell’azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti, con la conseguenza che solo in presenza di una equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara può ammettersi una interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti.»).

Ed ancora, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 19 maggio 2005, n. 985, alle cui conclusioni questo Collegio ritiene di aderire, ha chiarito che “L’integrazione del bando di gara e della relativa disciplina può provenire soltanto dall’organo competente ad indire la gara medesima e nelle stesse forme; pertanto, è illegittima l’integrazione delle clausole del bando mediante risposte ai chiarimenti resi ai concorrenti, che possono esclusivamente precisare e meglio delucidare le previsioni della *lex specialis*, costituendo altrimenti un intervento correttivo e innovativo di illegittima modifica della *lex concorsualis*.”.

Nel caso di specie, non consta che la stazione appaltante abbia fatto uso del potere di annullamento in autotutela del bando, né si è in presenza di una equivoca formulazione del bando stesso (in particolare l’art. 4 in tema di requisiti di capacità tecnica - come visto - dal chiaro tenore letterale) legittimante l’esercizio del potere dell’Amministrazione di accedere ad una interpretazione nel senso della massima partecipazione degli aspiranti.

Ne consegue che, in accoglimento del ricorso incidentale, l’ATI La Lucentezza - A.ME.F. sarebbe dovuta essere esclusa.

Inoltre, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente principale, l’esclusione della mandante A.ME.F. comporta inevitabilmente l’esclusione dell’ATI di cui fa parte.

Come affermato al riguardo da Cons. Stato, Sez. V, 1° settembre 2009, n. 5161, “La partecipazione alla gara del raggruppamento temporaneo di imprese quale soggetto unitario implica la sua esclusione qualora una delle mandanti non sia in possesso dei requisiti previsti dalla legge o dal bando.”.

L’ATI La Lucentezza - A.ME.F. è quindi priva di legittimazione al ricorso principale.

Ogni altra censura formulata dalla controinteressata nel ricorso incidentale resta assorbita.

Ne deriva la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale dell’ATI La Lucentezza - A.ME.F.

La stessa ATI ricorrente principale - a seguito della proposizione del ricorso incidentale - avrebbe potuto, al più, formulare motivi aggiunti avverso il citato art. 4 del bando nella parte in cui la *lex specialis* di gara riferisce il requisito di capacità tecnica alla “fornitura identica”, anziché alla “fornitura analoga”.

Tuttavia, l’ATI La Lucentezza - A.ME.F. non ha proposto motivi aggiunti sul punto.

Dalle argomentazioni espresse in precedenza discende l’accoglimento del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Società Cooperativa di Produzione e Lavoro “Tre Fiammelle” e, per l’effetto, la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, così provvede:

1) accoglie il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Società Cooperativa di Produzione e Lavoro “Tre Fiammelle”;

2) dichiara inammissibile il ricorso principale.

Condanna la ricorrente principale La Lucentezza s.r.l. al pagamento delle spese di giudizio in favore dell’Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata, liquidate in complessivi €. 4.000,00, oltre accessori come per legge.

Condanna la ricorrente principale La Lucentezza s.r.l. al pagamento delle spese di giudizio in favore della Società Cooperativa di Produzione e Lavoro “Tre Fiammelle”, liquidate in complessivi €. 4.000,00, oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2012 con l’intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Savio Picone, Primo Referendario

Francesco Cocomile, Referendario, Estensore

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/11/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)